

Tilburg University

Juridische aspecten van een wijziging van een gebiedsanalyse in het kader van de PAS

Bastmeijer, Kees

Publication date:
2019

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Bastmeijer, K. (2019). *Juridische aspecten van een wijziging van een gebiedsanalyse in het kader van de PAS: Advies op verzoek van Natuurmonumenten*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Juridische aspecten van een wijziging van
een gebiedsanalyse in het kader van de PAS*

Kort advies op verzoek van Natuurmonumenten

Prof. Kees Bastmeijer, Tilburg Universiteit
Tilburg, 13 maart 2019

1. Aanleiding

In het kader van het PAS is voor het Natura 2000-gebied Wieden en Weerribben een gebiedsanalyse opgesteld. De gebiedsanalyse van 2017 geeft aan dat het voor bepaalde habitattypen en soorten waarvoor het gebied is aangewezen belangrijk is om verlandingsprocessen weer op gang te brengen. Deze processen zijn in het gebied nagenoeg stil komen te liggen, maar aangenomen wordt dat deze weer hersteld kunnen worden door het graven van petgaten. De gebiedsanalyse stelt:

“Om jonge successiestadia als verlandingsvegetaties, trilvenen en veenmosrietlanden te behouden is het daarom nodig dat af en toe de successie wordt teruggezet, bijvoorbeeld door nieuwe petgaten te graven. Het aandeel aan jonge successiestadia (verlandingsvegetaties en trilvenen) is momenteel gering omdat de afgelopen decennia nauwelijks nieuwe petgaten zijn gegraven en omdat door de slechte waterkwaliteit in de bestaande petgaten minder verlanding is opgetreden.”¹

Ten aanzien van verlanding en vegetatiesuccessie bestaan volgens de analyse wel leemten in kennis. Zo is niet geheel zeker of de verlandingsprocessen ook zullen leiden tot nieuwe trilvenen omdat dit mede afhankelijk is van de waterkwaliteit. In dat verband is het wel opmerkelijk dat in het maatregelenpakket nu geen maatregelen zijn opgenomen om de oppervlaktewaterkwaliteit te verbeteren:

“Nadat een aantal alternatieven zijn afgefallen, lijkt de in het werkdocument uit 2009 voorgestelde defosfatering van ingelaten polderwater de meest voor de hand liggende oplossing. Over de toepassing van de maatregel dient echter op bestuurlijk niveau nog een besluit te worden genomen. Voornaamste belemmering vormen de hoge kosten van deze maatregel.”²

Bij de opstelling van de gebiedsanalyse was deze onzekerheid (leemte in kennis) bekend en is vastgesteld dat uitstel van het graven van petgraven onverstandig is, vooral omdat het proces

¹ Gebiedsanalyse Wieden Weerribben, 2017, p.28.

² Gebiedsanalyse Wieden Weerribben, 2017, p.93.

van verlanding en het ontstaan van de daarmee verband houdende kwalificerende habitattypen vele decennia duurt:

“Wachten met het graven van nieuwe petgaten tot er zekerheid is over de effectiviteit van de maatregel is echter niet verstandig, gezien de lange tijd die mogelijk gemoeid is met het ontstaan van nieuwe verlandingsvegetaties: het duurt mogelijk lang voordat er meer duidelijkheid is over de effectiviteit van de maatregel, en het duurt vervolgens weer lang totdat graven van nieuwe petgaten leidt tot tril-veenvorming. Daarom is er voor gekozen om in de eerste beheerplanperiode nieuwe petgaten te graven, die gebruikt kunnen worden om ervaring op te doen met het beheer en de invloed van de waterkwaliteit op de verdere successie.”³

De gebiedsanalyse geeft tegen deze achtergrond aan dat in totaal 540 ha. nieuwe petgaten in de komende beheerplanperiodes gerealiseerd moeten gaan worden. Erkend wordt dat parallel aan deze maatregelen ook de waterkwaliteit gaan verbeteren.⁴

Recent zijn deze maatregelen echter door de Provincie Overijssel ter discussie gesteld. Natuurmonumenten wil ten behoeve van deze discussie meer helderheid over de status van de gebiedsanalyse en de daarin opgenomen maatregelen (paragraaf 2). Daarbij komt ook aan de orde of het PAS en de daarop betrekking hebbende regelgeving tussentijdse (tijdens een beheerplanperiode) wijziging van deze maatregelen mogelijk maakt en welke voorwaarden daar dan voor gelden. Op basis van deze informatie ontvangt Natuurmonumenten vervolgens ook graag een inschatting of in de onderhavige situatie aan de betreffende regels wordt voldaan (paragraaf 3). Tot slot is de vraag gesteld of tegen een besluit van de Provincie om maatregelen uit een gebiedsanalyse te vervangen een beroepsgang naar de rechter open staat (paragraaf 4).

2. Status gebiedsanalyse en mogelijkheid om maatregelen te vervangen

2.1 Onderdeel Beheerplan en plicht tot uitvoering van maatregelen

Een gebiedsanalyse moet op grond van het Besluit natuurbescherming (art. 2.5) worden vastgesteld en omvat onder meer de ecologische herstelmaatregelen om verslechtering van de natuurlijke kenmerken van het gebied te voorkomen en om te waarborgen dat de instandhoudingsdoelstellingen gehaald gaan worden. De maatregelen van de 2017-gebiedsanalyse voor de Wieden-Weerribben zijn als grijs gemarkeerde teksten terug te vinden in het beheerplan voor het gebied (enkele maanden later in 2017 vastgesteld). Ook de

³ Gebiedsanalyse Wieden Weerribben, 2017, p.79.

⁴ Idem, p.102: “Voor de langere termijn is het met name van belang dat de waterkwaliteit verder verbetert. De kwaliteit van het oppervlaktewater is het laatste decennium sterk toegenomen, maar voor de realisatie van alle natuurdoelstellingen in het gebied is een verdere afname van het nutriëntengehalte gewenst. Dit is met name van belang voor de meer kritische habitattypen, zoals kranswierwateren (H3140), trilvenen (H7140A) en galigaanvegetaties (H7210), die afhankelijk zijn van calciumrijk en fosfaatarm water. Indirect is een betere oppervlaktewaterkwaliteit ook van belang voor latere successiestadia zoals veenmosrietlanden (H7140B), hoogveenbossen (H91D0) en veen-heide (H4010).”

realisatie van 540 ha. petgaten is in het beheerplan opgenomen.⁵

Om meerdere redenen bestaat er een verplichting van de relevante overheden om de PAS-gerelateerde maatregelen in een gebiedsanalyse/beheerplan uit te voeren: deze maatregelen zijn nodig om niet in strijd te komen met het verslechteringsverbod, ze zijn nodig om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren, en ze zijn nodig omdat het al of niet bestaan van ontwikkelruimte mede afhankelijk is van deze maatregelen.⁶ Zonder het nemen van de maatregelen zou ten onrechte worden aangenomen dat ontwikkelruimte kan worden uitgegeven zonder significante gevolgen voor het Natura 2000 te veroorzaken. Deze plicht tot uitvoering is ook erkend in het Beheerplan voor de Wieden-Weerribben:

“Uit het PAS vloeit voort dat er een uitvoeringsplicht is voor de in de PAS-gebiedsanalyse opgenomen herstelmaatregelen (deze zijn daarom 1 op 1 overgenomen in hoofdstuk 6 van dit Natura 2000-beheerplan).”⁷

2.2 Vervangen van gebiedsanalyse-maatregelen door andere maatregelen en bewijslast ten aanzien van het “ten minste even doeltreffend zijn” van deze vervangende maatregelen

Het Besluit natuurbescherming maakt het vervangen van voorziene maatregelen in beginsel mogelijk. Daarvoor gelden echter wel enkele voorwaarden. Artikel 2.10(2) Besluit natuurbescherming bepaalt:

“Het programma biedt Onze Minister van Infrastructuur en Milieu, Onze Minister van Defensie of bestuursorganen van provincies, gemeenten of waterschappen de mogelijkheid om in het programma opgenomen maatregelen als bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, voor de uitvoering waarvan zij zorg dragen, gewijzigd uit te voeren of te vervangen door andere maatregelen, indien:

- a.** de bestuursorganen die voor het desbetreffende gebied het beheerplan, bedoeld in artikel 2.3 van de wet, vaststellen, daarmee instemmen, en
- b.** de gewijzigde uitvoering of vervangende maatregelen in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden ten minste even doeltreffend zijn als de oorspronkelijk voorziene wijze van uitvoering of de oorspronkelijk voorziene maatregelen en niet leiden tot minder ontwikkelingsruimte met betrekking tot enig Natura 2000-gebied.”

Dit betekent dus dat voor het vervangen van maatregelen door andere maatregelen niet persé het beheerplan gewijzigd hoeft te worden, mits geen twijfels bestaan over de minstens even

⁵ Beheerplan Wieden-Weerribben, 2017, p.143-144.

⁶ Zie ook de website van het Ministerie van LNV, ‘Hoe werkt het PAS’: “De herstelmaatregelen van het PAS zijn allesbehalve vrijblijvend. Omvang, wijze van uitvoering, locatie en periode worden vastgelegd in de gebiedsanalyses. Uitvoering van de maatregelen is een wettelijke verplichting voor de betrokken overheden. Vanzelfsprekend zijn terreinbeherende organisaties en waterschappen zeer nauw betrokken bij het hele traject van opstellen en uitvoeren van de maatregelen.”

⁷ Beheerplan Wieden-Weerribben, 2017, p. 14.

grote effectiviteit van de nieuwe maatregelen. De beoogde doelstellingen mogen dus niet ter discussie worden gesteld via deze wijzigingsmogelijkheid.

De toelichting bij het Besluit natuurbescherming maakt eveneens duidelijk dat de vervangende maatregelen geen negatieve gevolgen mogen hebben voor de ontwikkelruimte en daarom ten minste even doeltreffend moeten zijn. Indien dit niet zo is moet het PAS zelf worden gewijzigd:

“Andere overheden kunnen ingevolge het tweede lid van artikel 2.10 maatregelen gewijzigd uitvoeren of vervangen, wanneer de bestuursorganen die bevoegd zijn tot het vaststellen van het beheerplan voor het desbetreffende gebied daarmee instemmen. Dit leidt niet tot een wijziging van het programma. Deze voorgestelde voorziening geldt alleen wanneer de wijziging van maatregelen geen negatieve gevolgen heeft voor de ontwikkelingsruimte. Zijn die negatieve gevolgen er wel, dan is een wijziging van het programma nodig door de Minister van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu overeenkomstig het eerste lid van het artikel. Ten opzichte van artikel 19ki, tweede lid, van de toenmalige Natuurbeschermingswet 1998 is – overeenkomstig de huidige praktijk op grond van het geldende programma aanpak stikstof 1 juli 2015 – 1 juli 2021 – verduidelijkt dat de vervangende maatregelen ten minste even doeltreffend zijn als de oorspronkelijk voorziene maatregelen.”⁸

Aangenomen moet worden dat een hoge bewijslast geldt ten aanzien van deze eis van het ten minste even doeltreffend zijn van de vervangende maatregelen. Het wijzigen van het programma is immers aan procedurele waarborgen onderworpen. Wanneer wijziging van een programma eenvoudig ontlopen zou kunnen worden door van maatregelen af te zien en andere, mogelijk minder doeltreffende maatregelen te nemen, zouden deze waarborgen worden omzeild. De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft in het kader van de advisering over het ontwerp-Besluit natuurbescherming ook een opmerking gemaakt over het ontbreken van voorwaarden voor het kunnen wijzigen van een programma.⁹

“Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat een uitwerking wordt gemist van de voorwaarden waaronder het programma zo nodig tussentijds kan worden gewijzigd, zij opgemerkt dat voor een wijziging van het programma uiteraard dezelfde voorwaarden gelden als voor de vaststelling van een nieuw programma. Om dit te verduidelijken is een nieuw zevende lid in artikel 2.1 van het besluit opgenomen, waarin wordt geëxpliciteerd dat een wijziging van het programma geen afbreuk mag doen aan de doelstellingen, genoemd in het eerste en tweede lid van artikel 2.1; het oorspronkelijke zevende lid van artikel 2.1 is vernummerd tot achtste lid. Tevens is een derde lid toegevoegd aan artikel 2.2 dat expliciteert dat de inhoudelijke eisen voor

⁸ Nota van Toelichting bij het Besluit natuurbescherming, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2016-383.html>, toelichting op artikel 2.10, tweede lid.

⁹ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W15.16.0161/IV en het nader rapport van de regering naar aanleiding van dit advies, beschikbaar via <https://www.raadvanstate.nl/@64160/w15-16-0161-iv/>.

het vast te stellen programma ook bij een wijziging van dat programma in acht moeten worden genomen.”

Wanneer het wijzigen van het programma al zo expliciet aan voorwaarden en een procedure wordt onderworpen, dan moet aan het wijzigen van maatregelen zonder aanpassing van het programma vergelijkbare strenge eisen gesteld worden. De provincie Overijssel geeft zelf ook aan dat het vervangen van maatregelen uit een gebiedsanalyse uitzonderlijk is. In het document ‘Vragen en antwoorden Programmatische Aanpak Stikstof van de provincie Overijssel wordt opgemerkt:

“Alle herstelmaatregelen uit de PAS-gebiedsanalyses zijn noodzakelijk. De PAS-gebiedsanalyses zijn onderworpen aan een zogenaamde ‘opnametoets’ om te controleren of de analyses goed zijn uitgevoerd. Bij de voorbereiding van de uitvoering kan in uitzonderlijke gevallen een herstelmaatregel uit een gebiedsanalyse worden vervangen door een andere maatregel. Voorwaarde is dat die maatregel op z’n minst hetzelfde effect geeft in verband met de doelen uit de gebiedsanalyse. Over deze ‘omwisselvoorstellen’ moeten in ieder geval Gedeputeerde Staten een apart besluit nemen.”¹⁰

Overigens wordt ook in het beheerplan voor de Wieden-Weerribben de mogelijkheid van vervangende maatregelen genoemd. Hierop kom ik in paragraaf 4 terug.

3. Juridische waardering van de lopende discussies

Overleggen in de provincie Overijssel maken duidelijk dat de reden voor het ter discussie stellen van het graven van petgraven zoals voorzien in de gebiedsanalyse en het beheerplan in belangrijke mate betrekking heeft op de betaalbaarheid van de maatregelen. In het verslag van de Deskundigenbijeenkomst van 13 februari 2019 wordt gesteld: “Geconstateerd is dat de financiële middelen onvoldoende zijn voor de benodigde maatregelen.”¹¹ Daarnaast spelen onzekerheden een rol over de effectiviteit van de betreffende maatregelen. Verwezen wordt naar de passages in het beheerplan over leemten in kennis. De inzet van de provincie is om alternatieve maatregelen te bedenken en vast te leggen in een nieuw ‘plan’ dat gezamenlijk met terreinbeheerders opgesteld zou moeten worden:

“De provincie wil graag in een kort tijdsbestek met de TBO’s een koers uitzetten en een gezamenlijk plan opstellen waaraan alle betrokken partijen zich kunnen committeren. Een plan dat haalbaar en betaalbaar is en tevens in staat is de doelen te behalen. De provincie heeft daar een voorzet voor gedaan met het rapport “De verlanding van petgaten in de Wieden en Weerribben”. ”¹²

¹⁰ Vragen en antwoorden Programmatische Aanpak Stikstof, Provincie Overijssel (geen datum).

¹¹ Verslag Deskundigenbijeenkomst alternatief maatregelenpakket Wieden Weerribben (2^e dag), 13 februari 2019.

¹² Idem.

In dit verband wordt in het verslag opgemerkt dat de doelen niet ter discussie staan. Opvallend is echter dat hetzelfde verslag ook stelt: “De provincie hoort graag van de TBO’s welke doelen wel en niet gehaald kunnen worden op basis van het alternatieve plan.”¹³ Ook andere passages in het verslag, waaronder de opmerking dat de Provincie graag een nadere onderbouwing zou willen hebben van de noodzaak van 540 ha. petgaten, geeft de indruk dat de provincie de maatregelen ter discussie wil stellen en de bewijslast daarbij mogelijk bij terreinbeherende organisaties legt.

Deze kenmerken van de discussie vertonen spanningen met de regelgeving inzake het PAS:

- In beginsel zijn de maatregelen die in de gebiedsanalyse en het beheerplan zijn opgenomen leidend voor een goede werking van het PAS. Zoals hierboven aangegeven is de uitvoering van de maatregelen wettelijk verplicht om uit te kunnen leggen dat er ontwikkelingsruimte kan worden uitgegeven zonder wetenschappelijke twijfel over het ontstaan van significante gevolgen voor het Natura 2000-gebied.
- Dit betekent dat de bewijslast over de noodzaak van het uitvoeren van maatregelen in een gebiedsanalyse niet bij terreinbeherende organisaties of andere betrokken actoren gelegd kan worden. Deze discussie had gevoerd moeten worden ten tijde van de vaststelling van de gebiedsanalyse en het beheerplan. Weliswaar zijn destijds leemten in kennis verwoord, maar expliciet is uitgesproken dat begonnen moet worden met het graven van petgaten, waarbij 540 ha als opgave is opgenomen.
- Het argument dat het graven van petgaten niet effectief zou zijn voor het versterken van verlandingsprocessen moet door experts met ecologische expertise worden beoordeeld. Opvallend is echter wel dat in de gebiedsanalyse wordt aangegeven dat maatregelen voor het verbeteren van de waterkwaliteit te duur zijn beoordeeld, terwijl juist deze kwaliteit medebepalend is voor verlandingsprocessen.
- Indien de provincie de in de gebiedsanalyse opgenomen maatregelen wil vervangen door anderen maatregelen is het aan de provincie om aan te tonen dat “de gewijzigde uitvoering of vervangende maatregelen in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden ten minste even doeltreffend zijn als de oorspronkelijk voorziene wijze van uitvoering of de oorspronkelijk voorziene maatregelen en niet leiden tot minder ontwikkelingsruimte met betrekking tot enig Natura 2000-gebied” (art. 2.10(2) Besluit natuurbescherming).
- De druk om de voorziene maatregelen met spoed te gaan uitvoeren is groot omdat er al een achterstand in uitvoering is ontstaan. De PAS Landelijke Monitoringsrapportage Natuur 2017 van het BIJ12-PAS Bureau benoemt de Wieden-Weerribben als één van de acht gebieden waarin de uitvoering van de maatregelen niet tijdig zijn uitgevoerd. Gemeld wordt voorts: “Gebiedsproces wordt geïntensiveerd. Specifiek voor Wieden en Weerribben; Totale opgave petgaten graven is 540 ha in 3 PAS-periodes. Er wordt gezocht naar innovatieve manieren om deze opgave te realiseren. Opgave wordt gefaseerd uitgevoerd, sluitend op 270 ha in Wieden en 270 ha in Weerribben.” De achterstand in de uitvoering kan nu al vragen doen rijzen bij de goede werking van het PAS. De provincie kan daardoor dus niet op basis van

¹³ Idem.

financiële overwegingen de uitvoering vertragen en de tijd nemen voor een gebiedsproces, althans niet zonder dat de goede werking van het PAS kan worden betwist.

4. Juridische mogelijkheden om de vervanging van maatregelen ter discussie te stellen

Zoals hierboven al kort opgemerkt beschrijft het beheerplan voor de Wieden-Weerribben de mogelijkheid van vervangende maatregelen zoals geregeld in artikel 2.10(2) Bnl. Het betreffende tekstkader geeft daarbij aan dat de inzet van vervangende maatregelen een besluit van Gedeputeerde Staten vereist, waarbij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure gevolgd zal worden: “Voor de formeel-juridische besluitvorming wordt gebruik gemaakt van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht [...]. Deze komt er op neer dat het voorgenomen GS-besluit ter inzage wordt gelegd en belanghebbenden hiertegen zienswijzen kunnen indienen.” Ik ga er hierbij ook vanuit dat het om een besluit gaat waartegen ook beroep open staat. Het betreft immers een schriftelijk besluit van een bestuursorgaan op grond van een wettelijke bevoegdheid. Gezien de plicht tot uitvoering van de vervangende maatregelen en de consequenties voor de beheerders van de Natura 2000-gebieden neem ik ook aan dat de handeling gericht is op rechtsgevolg, maar het zou goed zijn om dit expliciet door een bestuursprocesrecht-expert te laten beoordelen. Voorbeelden van besluiten op grond van artikel 2.10(2) Bnl heb ik niet kunnen vinden.

Indien deze beroepsmogelijkheid toch niet zou bestaan, dan zijn er wel ook andere meer indirecte mogelijkheden om de vervanging van gebiedsanalyse-maatregelen in rechte aan te vechten. Zo maakt de gebiedsanalyse onderdeel uit van de passende beoordeling voor projecten, welke beoordeling ten grondslag wordt gelegd aan vergunningsbesluiten. Wanneer terreinbeherende organisaties niet overtuigd zijn van het minstens even doeltreffend zijn van vervangende maatregelen, dan kan worden ingesproken en beroep worden aangetekend tegen het besluit tot vergunningverlening. Het argument kan dan zijn dat redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de vraag of het project significante gevolgen voor het Natura 2000-gebied veroorzaakt. Deze weg kan ook worden bewandeld als geen besluit op grond van artikel 2.10(2) Bnb wordt genomen maar de provincie wel de uitvoering van gebiedsanalyse-maatregelen ter discussie stelt en uitstelt.

Kees Bastmeijer
13 maart 2019